

О «доктрине свободы усмотрения государств» в практике международных судебных органов

*Орехов О.С.**

Современная система Конвенции о защите прав человека и основных свобод объединяет 47 государств: от Азербайджана до Швейцарии, от Сан-Марино до России. Все эти страны имеют свои во многом различные исторические, культурные и правовые особенности.

Согласно Доктрине, в случаях возникновения конфликта интересов общества и личности, государству надлежит самостоятельно определить, которому из этих интересов следует отдать предпочтение. Однако данная свобода усмотрения государства подлежит международному контролю со стороны Европейского суда по правам человека. Несмотря на то что Доктрина широко применяется Судом, она часто подвергается критике за подрыв единообразия в применении Конвенции. В настоящей статье приведен анализ аргументов сторонников и противников применения Доктрины. Приходя к выводу о целесообразности ее применения, автор статьи утверждает, что Доктрина обеспечивает определенную гибкость, необходимую Конвенции для того, чтобы объединить большое разнообразие государств-членов.

Ключевые слова: свобода усмотрения, международный судебный контроль, применение норм Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

* Орехов Олег Сергеевич – соискатель кафедры международного и европейского права Казанского государственного университета, юрист PricewaterhouseCoopers CIS Law Offices B.V. oleg_orekhov@mail.ru.

Нормы современной внешнеполитической жизни государств таковы, что Россия не может оставаться в стороне от процессов создания общих дружественных международных и региональных пространств, нацеленных, например, на повышение стандартов демократии и защиты прав человека. Поэтому, ратифицировав в 1998 году Конвенцию о защите прав человека и основных свобод (далее Конвенция), РФ обязалась следовать европейским стандартам фундаментальных прав и признала тем самым компетенцию Европейского суда по правам человека (далее Суд) для рассмотрения индивидуальных и государственных жалоб, поданных в Суд против РФ¹.

Однако, говоря о международных «стандартах» защиты прав человека, необходимо заметить, что далеко не все государства – участники Конвенции обладают сходными культурными и правовыми традициями. Весьма показателен пример России. Изначально более традиционное российское общество вряд ли может сравниться с некоторыми европейскими социумами по такому показателю, как, например, терпимость к сексуальным меньшинствам. Как известно, их интересы защищает статья 8 Конвенции «Право на уважение частной и семейной жизни». В 1981 году Великобритания проиграла в Суде дело о защите права на уважение частной жизни представителя сексуальных меньшинств². В России же до 1993 года данная категория лиц подвергалась уголовному преследованию³.

¹ Федеральный закон «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней». 30 марта 1998 г. № 54-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 6 апреля 1998 г. № 14. С. 1514.

² См.: Решение Суда *Dudgeon c. Royaume-Uni*. 22 октября 1981 г. Опубликовано: Официальный сборник решений. № А45. С. 21.

³ Уголовная ответственность за мужеложество была установлена в СССР 17 декабря 1933 г. и предусматривала лишение свободы на срок от трех до восьми лет. По прошествии почти шестидесяти лет – 27 мая 1993 г. – статья была отменена. Но и сегодня ни общественная мораль, ни Русская православная церковь не способствуют развитию духа толерантности. 15 февраля 2005 г. Верховный суд РФ отклонил кассационную жалобу депутата законодательного собрания Башкирии, отказавшись вносить изменения в ст. 1 и ст. 12 Семейного кодекса России, которые разрешали бы на территории страны однополые браки (См.: <http://www.strana.ru/stories/04/08/20/3525/240524.html>. 6 мая 2007 г.). По данным Интерфакса, «отношение к возможной легитимизации однополых браков ухудшилось. Если в 1995 г. отрицательно отнеслись к этой идее 38% респондентов, то в 2005 г. число ее противников возросло до 59 %» (См.: <http://www.lenta.ru/oddy/2005/02/15/samesex/>. 1 мая 2007 г.). На сегодняшний день однополые браки разрешили: Голландия, Бельгия, Испания, Великобритания, американские штаты Калифорния и Нью-Джерси, Канада, мексиканский штат Коауила, ЮАР, Кения.

Действительно, только начинающей развиваться российской демократии реально вряд ли можно предъявлять требования, полностью идентичные тем, какие предъявляются режимам европейских государств, насчитывающим столетия развития духа свободы. Именно для адаптации норм Конвенции к местным условиям Суд может наделять государства определенной **свободой усмотрения**. Вот как Суд отвечает об одном из аспектов различий культурно-исторического плана: «...внутреннее право различных государств не позволяет сформулировать единого определения «морали». Представления о ней, отраженные в том или ином законодательстве, различны в зависимости от времени и места»⁴.

В свою очередь, лорд Маккей следующим образом высказался по поводу существования объективных различий в жизни государств – членов Совета Европы и, как следствие, в их подходах к защите некоторых прав, находящихся под защитой Конвенции: «Мнения о том, как сохранить баланс между интересом общественным и защитой прав человека, разнятся в значительной степени. Но этот плюрализм мнений просто обречен на существование на таком культурно и социально разнообразном континенте, как Европа, и сам по себе не является нездоровым»⁵.

По нашему мнению, Россия может послужить иллюстрацией приведенному выше мнению. Она объективно является особой стороной Конвенции по сравнению с другими договаривающимися государствами: уникальность геополитических, исторических и культурных факторов объясняет специфику взаимоотношений российской власти и общества. Эту специфику невозможно не учитывать при рассмотрении международно-правовых обязательств РФ в сфере прав человека. Представляется, что подобным образом рассуждал Суд, обосновывая целесообразность применения в своей практике доктрины «свободы усмотрения государств» (далее – Доктрина)⁶: «Благодаря

⁴ См.: Решение Суда *Handyside c. Royaume-Uni*. 7 декабря 1976 г. Опубликовано: Официальный сборник решений. № A24. С. 22, § 48. Похожие рассуждения встречаются в деле *Sunday Times c. Royaume-Uni*. 1979. Опубликовано: Официальный сборник решений. № A30. С. 35–37, § 59.

⁵ Lord Mackay of Clashfern. The margin of appreciation and the need for balance // Protection des droits de l'homme: la perspective européenne. Koln. 2000. С. 837–843.

⁶ Например, Ева Бремс определяет Доктрину так: «Широта дозволения, которую страсбургские органы предоставят национальным законодательным, исполнительным и судебным органам, распространяющаяся до пределов запрещенных отступлений

непосредственному и постоянному контакту с движущимися силами своей страны, власти каждого государства могут заведомо легче и точнее судить о необходимости того или иного ограничения, чем наднациональный судебный орган»⁷.

Казалось бы, преимущества использования указанной Доктрины очевидны. Однако в западной юридической литературе ведутся оживленные споры по вопросу целесообразности ее применения. Как ни странно, российские правоведы воздерживаются от участия в данной дискуссии.

Участников дискуссии можно условно разделить на три группы.

К **группе противников** относятся, например, исследователи *Арай-Такахашии* и *Фэйнголд*, в трудах которых Доктрина подвергается критике по той причине, что она способствует принятию субъективных решений, не могущих привести к формированию единой практики; происходит «размывание» границ законности, что благоприятствует развитию вседозволенности и формированию способов ухода от ответственности, которыми пользуются сильные государства⁸.

Весьма категорично по своей сути высказывание *лорда Лестера*: «Продолжение применения доктрины свободы усмотрения государств, не имеющей в качестве своей основы ни единой нормы права, подвергает правовое пространство расширяющегося Совета Европы риску непостоянства и изменчивости, подрывая ценности практики Европейского суда по правам человека и незаслуженно придавая большое значение местным условиям и традициям»⁹.

государства от норм Конвенции или пределов несовместимости ограничения субстанционального конвенционного права с обязательствами, принятыми государством на себя согласно Конвенции» (См.: Eva Brems. The margin of appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights // Zeitschrift fur auslandisches offentliches Recht und Volkerrecht. 1996. С. 240).

⁷ См.: Указ. выше дело *Handyside c. Royaume-uni*, § 48. См. также: Paolo G. Carozza Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights: Some Reflections on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights// 73 Notre Dame L Rev. 1998. № 1217, 1228: «Несомненно, Конвенция не имеет своей целью уничтожить все различия между государствами; она устанавливает минимальные требования». Здесь и далее перевод автора.

⁸ Arai-Takahashi The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR// Intersentia, Antwerpen. Oxford. New York, 2002. С. 233; Feingold The Doctrine of Margin of Appreciation and the European Convention on Human Rights // Notre Dame L Rev. 1977. № 53. С. 90–95.

⁹ Lord Lester of Herne Hill 8e Colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme. Budapest. 1995. 20–23 сентября // Actes du colloque. Strasbourg: éditions

Оппозицию внедрению Доктрины составляли и некоторые судьи Европейского суда. Так, в деле Лолесс против Ирландии¹⁰ судья *Эустатиадес* высказал свое особое мнение, сводившееся к тому, что возможность любых отступлений от норм Конвенции должна быть ею прямо предусмотрена; например, так, как это сделано в статье 15. Введение же дополнительных, ни на чем не основанных исключений лишает смысла, например, ту же самую статью 15 Конвенции¹¹.

Ко второй группе – **группе сторонников** применения Доктрины – относится упомянутый выше *лорд Маккей*¹². По его мнению, «принципы, лежащие в основе доктрины свободы усмотрения государств, чрезвычайно важны по ряду причин. Культурное и социальное разнообразие среди европейских государств велико как никогда, что влечет разнообразие идей относительно баланса между частным и общественным. Для адаптации к этим различиям потребуется определенная гибкость. Правильным подходом, в соответствии с принципами пропорциональности и свободы усмотрения, является вмешательство исключительно в случаях, когда конкретная ситуация не может быть разрешена в рамках Конвенции».

Мнение лорда Маккея разделяет исследователь европейской системы защиты прав человека Макдональд: «Свобода усмотрения обеспечивает необходимую гибкость, позволяющую избегать нежелательных конфликтных ситуаций между Судом и договаривающимися государствами»¹³.

Мишель Мельхиор говорит о роли Доктрины в толковании Конвенции, позволяющем учитывать не только различия между устоями разных стран, но также и различия, обусловленные изменением взглядов во времени, эволюцией общественных норм¹⁴.

И, наконец, представители **третьей группы** исповедуют **конструктивный подход** к сложившейся ситуации. Ярким сторонником

du Conseil de l'Europe. 1996. С. 246.

¹⁰ Заметим, что данная позиция не получила поддержки, и в деле Лолесс Суд признал за Ирландией право на принятие чрезвычайных мер.

¹¹ См.: Решение Суда *Lawless v Ireland*. Опубликовано: Официальный сборник решений. Series B. 1960–1961. №1. С. 408; особое мнение судьи Эустатиадеса, п. 110.

¹² Lord Mackay of Clashfern. Указ. соч.

¹³ MacDonald. The Margin of Appreciation // R St J MacDonald *et al.* (eds). The European System for the Protection of Human Rights. 1993. С. 83.

¹⁴ Michel Melchior. Notions «vagues» ou «indéterminées» et «lacunes» dans la Convention européenne des Droits de l'Homme // Protection des droits de l'homme: la dimension européenne. Koln. 1998. С. 411–419.

группы конструктивистов является *Йохан Калэвайер*. Его перу принадлежат следующие слова: «Вместо того, чтобы отрицать свободу усмотрения, помятуя об имеющихся у нее на сегодняшний день недостатках, стоит структурировать и дисциплинировать подход к ее применению. Необходимо выделить критерии, используемые Судом при применении данной Доктрины, дабы наделить свободу усмотрения известной долей предсказуемости, которой ей недостает. Похожие ситуации повлекут применение похожих критериев, которые до сих пор Суд применял часто лишь по наитию. Рассматриваемая Доктрина в конечном счете имеет двойную цель: сохранить единообразие практики Суда и ее стандартов, принимая во внимание все увеличивающееся количество местных особенностей»¹⁵.

Как видно, точка зрения, представленная выше, выносит скорее оправдательный приговор рассматриваемой Доктрине, признавая ее несовершенство.

К этой же группе исследователей можно отнести и *Мишеля де Салвиа*, который, признавая право Доктрины на существование, стремится максимально ограничить сферу ее действия, считая ее скорее необходимым злом. Ему принадлежат такие слова: «Широкое применение Доктрины сделает единое правовое поле Конвенции неточным, неполным. Сила такого права ослабнет или померкнет совсем. Принимая во внимание вышесказанное, нужно учесть, что существуют области, в которых ограниченное применение Доктрины может иметь практическую пользу. Речь идет о статье 15 Конвенции и случаях войны или другой общественной опасности. Речь также идет о тех случаях, когда текст Конвенции прямо предусматривает право государств на усмотрение, как, например, в статье 1 Протокола № 1, подтверждающей «права государства обеспечивать выполнение таких законов, какие ему представляются необходимыми для осуществления контроля за использованием собственности в соответствии с общими интересами или для обеспечения уплаты налогов или других сборов или штрафов»¹⁶.

По нашему мнению, наиболее обоснованной является точка зрения сторонников Доктрины, **однозначно высказывающихся**

¹⁵ Johan Callewaert. Quel avenir pour la marge d'appréciation? // Protection des droits de l'homme: la perspective européenne. Koln. 2000. С. 143–166.

¹⁶ Michele de Salvia. Contrôle européen et principe de subsidiarité : faut-il encore (et toujours) élargir à la marge d'appréciation? // Protection des droits de l'homme: la perspective européenne. Koln. 2000. С. 373–385.

за целесообразность ее применения. Постараемся принять участие в данной дискуссии, рассмотрев сначала аргументы противников применения Доктрины, а затем изложив соображения в ее пользу.

Какими же **недостатками** может обладать Доктрина?

Во-первых, как известно, суть Доктрины выражается в допущении неоднобразного применения государствами одних и тех же положений международного договора. Отступив от его требований, но действуя в законных пределах своей свободы усмотрения, данное государство не будет признано нарушившим договор. Другое государство в аналогичной ситуации может проиграть дело. Подобная позиция страсбургского суда подвергается критике за множественность стандартов в области применения свободы усмотрения. Например, по мнению О. Шуттера¹⁷, Суд, *«проявляя политическую нерешительность, опасается шокировать государства-члены, стремится скорее упростить порядок Конвенции, чем безоговорочно и объективно исполнять свою миссию»*.

Однако данное наблюдение является поверхностным. В действительности двух абсолютно идентичных ситуаций сложиться не может, а именно все конкретные условия дела Суд и принимает во внимание при ответе на вопрос о, например, пропорциональности принятой государством в нарушение Конвенции меры, обусловленной мотивами защиты общественной безопасности. Кроме того, пределы свободы усмотрения зависят от многих местных условий, характеризующих правовую и культурную ситуацию в конкретном государстве, которая, разумеется, будет иной в ином государстве. Подобный не унифицированный, а, напротив, тематический, разборчивый подход к делу позволяет Конвенции существовать несмотря на нередкое несогласие государств с требованиями Совета Европы.

Во-вторых, Доктрина часто подвергается критике в связи с недостаточным толкованием Судом критериев определения пределов свободы усмотрения. Например, Суд избегает детального анализа «необходимости» ограничительных мер «в демократическом обществе»¹⁸ и, соответственно, широты свободы усмотрения государств в случаях, касающихся трех категорий дел: о наркотических средствах¹⁹,

¹⁷ См.: Olivier De Schutter. L'interpretation de la Convention europeenne des Droits de l'Homme: un essai de demolition // R.D.I. de sciences diplomatiques et politiques. 1992. № 70. С. 83.

¹⁸ См. п. 2 статей 8, 9, 10, 11 Конвенции.

¹⁹ См.: Дело *Ludi* с. *Suisse*. Опубликовано: Официальный сборник решений. 238 Cour Eur. D.H. (Ser. A). 1992. С. 1.

об организованной преступности²⁰ и о терроризме²¹. При ознакомлении с решениями, касающимися данных категорий, создается впечатление, что государства не обязаны отчитываться перед Судом о мерах, принятых в вышеперечисленных сферах. «Кажется, что опасность, которую представляют данные преступные виды деятельности, создает некую непогрешимую презумпцию достаточности оснований»²² для отклонения от требований Конвенции.

Очевидно, что Суд занимает сугубо субъективную позицию по данному ряду вопросов, что оставляет государствам исключительно широкую свободу усмотрения в трех вышеназванных сферах. Однако думается, что безусловное предоставление такой свободы в данных областях, которые весьма серьезно затрагивают вопросы общественной безопасности, не противоречит сути рассматриваемой Доктрины, а, наоборот, подтверждает необходимость дифференцированного подхода к ситуациям, оправдывающим вынужденное отступление властей от норм Конвенции.

В-третьих, Суд также часто обвиняют то в замедлении европейских интеграционных процессов путем предоставления слишком широкой свободы усмотрения²³, то, наоборот, в насаждении общей концепции прав человека посредством максимального ограничения свободы усмотрения государств²⁴. Представляется очевидным, что авторы данных противоречивых суждений одинаково однобоко подходят к проблеме.

Прежде всего, нельзя вести речь о слишком широкой или слишком ограниченной свободе усмотрения, ибо она не является постоянной величиной. Ее сущность заключается в возможности варьировать данную свободу в зависимости от конкретных обстоятельств.

²⁰ См.: Дело *Raimondo c. Italie*. Опубликовано: Официальный сборник решений. 281A Cour Eur. D.H. (Ser. A). 1994. С. 18.

²¹ См.: Дело *Brannigan c. Royaume-Uni*. Опубликовано: Официальный сборник решений. 258B Cour Eur. D.H. (Ser. A). 1993. С. 29; Дело *Murray c. Royaume-Uni*. Опубликовано: Официальный сборник решений. 300A Cour Eur. D.H. (Ser. A). 1994. С. 21.

²² См. Picheral C. et Olinga A.-D. La theorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence recente de la Cour europeenne des droits de l'homme // R.T.D.H. 1995. № 6. С. 567.

²³ См.: Wachsmann P. La religion contre la liberte d'expression : sur un arret regrettable de la Cour europeenne des droits de l'homme (Arret *Otto-Preminger-Institut*) // R.U.D.H. 1994. № 6. С. 441.

²⁴ См.: Meulders-Klein M.-T. Individualisme et communautarisme: l'individu, la famille et l'Etat en Europe continentale // Droit et societe. 1993. № 23. С. 163; M.-T. Meulders-Klein. Vie privée, vie familiale et droits de l'homme // R.I.D.C. 1992. № 44. С. 767.

Как следствие изменчивости, именно в силу своего уникального, «живого» механизма Доктрина придает системе Конвенции свойство гибкости во времени (толкование Конвенции в соответствии с требованиями общественного и научного прогресса) и в пространстве (в зависимости от конкретного государства и его уникальных социальных традиций).

В-четвертых, с политической точки зрения добросовестность государств, применяющих нормы международного права и действующих по своему усмотрению в рамках изучаемой Доктрины, может быть поставлена под сомнение²⁵.

Но, по мнению исследователей *Кроули* и *Джексона*, «с одной стороны, все участники международных отношений, а не только государства, имеют под собой определенный набор факторов, обуславливающих их функционирование. Поэтому было бы чрезмерным упрощением считать, что международные судебные органы являются непогрешимыми защитниками права, а государства лишь стараются избежать ответственности»²⁶.

Как бы то ни было, тезис об отмене права лишь по причине существования опасности злоупотребления им вряд ли можно назвать разумным и обоснованным.

В-пятых, как известно, судебная практика является одним из двигателей законотворческого процесса²⁷, поскольку она осуществляет непосредственное применение норм права к реальности в ее конкретных новых условиях, а значит, заставляет право реагировать на нее, соответствовать ей в своем развитии. То есть судебная практика, судебные прецеденты обеспечивают *эволюцию* права. Противники Доктрины предполагают, что ее применение международными надзорными органами повлечет определенный спад в развитии судебной практики и, как следствие, спад «эволюционной» функции судебной практики.

²⁵ См.: Croley and Jackson. WTO Procedures, Standard of Review, and Deference to National Governments // *AJIL*. 1996. № 90. 193. С. 209.

²⁶ Там же. С. 211.

²⁷ Оспаривает эту точку зрения В.В.Сорокин. См.: Сорокин В.В. Судебная практика как источник права: за и против // *СибЮрВестник*. 2002. № 3: «Более глубокий взгляд на судебную практику позволяет сделать вывод о том, что она не имеет собственного нормативно-правового, источникового содержания. Нарбатывая судебную практику, суды в одних случаях кладут в основу своих решений *свободное усмотрение*, в других – правовую доктрину. Во многих случаях за судебной практикой фактически скрываются типичные стереотипы правосознания судей».

Также существование свободы усмотрения может служить развитию таких «вредных привычек», как самовольное толкование норм и безнаказанность²⁸.

Однако умозрительные рассуждения о «разрушительном» влиянии Доктрины на судебную практику подобны ниспровержению, например, норм «оценочного характера», которые также допускают неоднообразность применения норм права. Но в то же время необходимость и обоснованность их существования сомнению не подлежит.

Кроме того, применение рассматриваемой Доктрины не обозначает автоматически, что международные инстанции отказываются в будущем вырабатывать уточняющие критерии и стандарты, которые постепенно будут сужать свободу усмотрения государств. Тем не менее до тех пор, пока более четкие стандарты не будут сформулированы, очень важно продолжать применение *lex lata* с соответствующей мерой гибкости, позволяемой Доктриной. Весьма удачным же примером постепенного сужения свободы усмотрения государств может служить практика Суда²⁹, которая, тем не менее, не отнимает данную свободу полностью.

В-шестых, в связи с применением Доктрины возникает вопрос о том, что в случае реализации международных норм, направленных на регулирование внешних аспектов политики государства, под угрозой могут оказаться интересы другого государства. Так, например, предоставление государству определенной свободы усмотрения при использовании права на применение силы для самообороны могло бы привести к тому, что «нападающее» государство стало бы более уязвимым по отношению к злоупотреблению правом на самооборону «защищающимся» государством.

Действительно, данное утверждение приводит нас к мысли о том, что пределы свободы усмотрения должны зависеть от того, внутригосударственные или внешние отношения регулирует та или иная норма. Тем не менее, как указано выше, нельзя согласиться с отказом от использования рассматриваемой Доктрины по причине существования рисков злоупотребления по отношению к субъектам международного

28 См., например: Furtado, Jr Guess. Who's Coming to Dinner? Protection for National Minorities in Eastern and central Europe under the Council of Europe // 34 Columbia Hum Rts L Rev. 2003. С. 333–365.

29 См., например, дело Rees c. Royaume-Uni. Опубликовано: Официальный сборник решений. 1986. № A 106, пп. 42, 44.

права, на которых может быть направлено действие управомоченного государства.

Свобода усмотрения защищает законные интересы государств, которые обязаны действовать добросовестно³⁰. Поэтому невозможно лишать субъекта его права лишь в силу существования возможности злоупотребления этим правом в будущем. Кроме того, ограничение свободы действий в подобных случаях могло бы «недозащитить» интересы государства, применяющего данную норму, и в то же время оказаться излишне покровительствующим для потенциального государства-жертвы. Последствия такого дисбаланса могут быть крайне нежелательными. Прибегнем опять же к примеру права на самооборону: ограничение свободы усмотрения обороняющегося государства могло бы не позволить ему должным образом отреагировать на внешнюю угрозу, что в свою очередь открывает возможности для провокации со стороны стран-агрессоров. Таким образом, сложилась бы ситуация, когда дополнительному ограничению подверглось бы законно разрешенное международным правом действие. Кроме того, подобное ограничение вступает в оппозицию с принципами, утвержденным в деле *Lotus*³¹ Постоянной палаты международного правосудия при Лиге Наций. Согласно данному делу, во-первых, в случае отсутствия четкого нормативного предписания государство, чье поведение стало объектом контроля, должно обладать определенной свободой действия, и, во-вторых, все, что эксплицитно не запрещено международным правом, им разрешено.

В-седьмых, существует мнение, согласно которому Доктрина не может быть задействована в случаях применения норм *jus cogens*, отступление от императивных требований которых невозможно в принципе, поскольку они защищают фундаментальные основы международного права³².

Утверждение о том, что нормы *jus cogens* имеют четкое содержание, подлежащее чисто механическому применению, представляется

30 См. Устав ООН, ст. 2 п. 2. <http://www.un.org/russian/document/basicdoc/charter.htm#chapt1> (30 марта 2007 г.): «Все Члены Организации Объединенных Наций *добросовестно* выполняют принятые на себя по настоящему Уставу обязательства, чтобы обеспечить им всем в совокупности права и преимущества, вытекающие из принадлежности к составу Членов Организации».

31 См. Решение Постоянной палаты международного правосудия *Lotus (France v Turkey)* // PCIJ Rep, Series A. 1972. № 10.

32 См.: Arai-Takahashi. Указ. соч.. С. 210, 226.

неточным. Скорее данные нормы (например, запрет на использование силы или право на самоопределение)³³ относятся к одним из самых общих норм международного права. Последствия же несоблюдения норм *jus cogens* могут стать самыми серьезными для их нарушителя. Кроме того, интересы, защищаемые такими нормами, носят весьма чувствительный характер³⁴, поэтому международные суды должны с особым вниманием относиться к такого рода делам, дабы избежать поспешных или спровоцированных политических решений.

Согласно особому мнению судьи Куджиманса³⁵ в деле Международного суда ООН *Oil Platforms*, «запрет силы имеет безусловный характер; поэтому мера усмотрения, которой располагают США, значительно уже, чем если бы они избрали, например, меры экономического характера». Как видно, пределы свободы усмотрения государств зависят от конкретного защищаемого интереса, и чем более важным он является, по мнению суда, тем большим ограничением может быть подвергнута свобода усмотрения.

Представляется верным следующий вывод: полный отказ от применения Доктрины в отношении норм *jus cogens* неприемлем, но общая тенденция сужения свободы усмотрения в рассматриваемом случае должна приветствоваться.

Как мы убедились, ни один из вышеприведенных аргументов противников применения Доктрины не может быть принят как ее явная отрицательная характеристика. Сопоставимы ли доводы противников «свободы усмотрения» с доводами в ее пользу? Рассмотрим **преимущества**, которыми обладает Доктрина при реализации международных-правовых норм.

Во-первых, по словам Макдональда³⁶, свобода усмотрения обеспечивает необходимую *гибкость, позволяющую избежать нежелательных конфликтных ситуаций* между надзорным органом

³³ Frowein *Jus Cogens* // R. Bernhardt (ed.). *Encyclopedia of Public International Law*. 1997. С. 65–67.

³⁴ См.: *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* // ICJ Rep. 1996. С. 262–263: Международный суд не смог однозначно выразиться в пользу незаконности использования ядерного оружия в случаях, когда под угрозой находится само существование государства.

³⁵ См.: Особое мнение судьи Коожиманс в решении Международного суда ООН «*Oil Platforms*»: *Iran v US* // ICJ Rep 90. 2003, п. 46.

³⁶ См.: MacDonald. Указ. соч.: «The margin of appreciation gives the flexibility needed to avoid damaging confrontations between the Court and the Contracting States...».

и договаривающимися государствами. Можно утверждать, что применение изучаемой Доктрины способствует развитию *духа партнерства и сотрудничества* между международными и государственными органами, укрепляя идеалы взаимного уважения и добросовестности.

Безусловно, такое влияние является косвенным, но, тем не менее, при благоприятных политических обстоятельствах способно заметно облегчить процесс международно-правового регулирования. Действительно, оставляя чуть больше полномочий государствам, подписавшим тот или иной договор, международный надзорный орган проявляет определенное уважение к интересам, традициям и культуре данной страны.

Представляется также, что Доктрина могла бы быть использована международными судами для *постепенного долгосрочного* приведения поведения того или иного договаривающегося государства в соответствие с требованиями международного договора посредством лишь простого указания (без фактического обвинения) на не совсем точное выполнение каких-либо предписаний, поскольку рассматриваемая Доктрина, повторимся, предусматривает определенную гибкость в применении норм международного права.

Во-вторых, это целесообразно исходя из *соображений наибольшей эффективности и экономии организационных сил и средств*.

В институциональном плане государства обладают большими возможностями для эффективного применения международно-правовых норм. С одной стороны, загруженность международных судебных и квазисудебных органов не позволяет им в полной мере отвечать всем потребностям международного сообщества, а с другой – юрисдикционные полномочия международной инстанции по определению уже, чем полномочия национального судебного учреждения.

Действительно, международным органам приходится решать гораздо более разноплановые задачи, уходящие своими корнями в различные правовые и культурные системы. Соответственно, на наднациональном уровне не так просто следить за динамикой правовой жизни какого-либо государства, а тем более группы государств, а также суметь точно спрогнозировать, какие последствия будет иметь то или иное решение в контексте государственной правовой системы. Очевидно, что для вынесения компетентного решения по данному спору международный орган должен будет проделать *a priori* больший объем работ, чем государственный орган, действующий в своей системе и гораздо

лучше с ней знакомый. Государственные же юрисдикционные органы, имеющие определенный опыт работы на данной территории, как правило, имеют адекватные кадровые, информационные и организационные ресурсы, им проще провести анализ и экспертизу на месте, чем если бы это потребовалось Международному суду, который будет вынужден предпринять для этого большее количество шагов³⁷.

Другим аргументом в пользу государственных органов является соображение экономии усилий международных судебных органов, которые в силу растущей загруженности готовы передать часть своих полномочий национальным властям, а также прибегать к меньшей степени вмешательства в дела государства при осуществлении своих надзорных функций.

Тем не менее необходимо подчеркнуть, что Доктрина не подразумевает, что процесс принятия решений должен быть полностью под контролем государства³⁸. Напротив, поскольку международные судебные органы более компетентны в вопросах толкования норм международного права, они играют главную роль при оценке законности решений, принятых на местах. Таким образом, совокупность свободы усмотрения государств и надзор международных органов может обеспечить наиболее эффективную, с учетом особенностей обеих составляющих, модель международно-правовых отношений.

В-третьих, применение Доктрины способствует *демократизации процесса построения международных отношений*.

Очевидно, что многочисленные нормы международного права затрагивают исключительно внутригосударственные вопросы, как это происходит, например, в случае с правами человека. *Арай-Такахашии*, например, выделяет несколько сфер, часто регулируемых нормами международного права, но тесно связанных с понятием суверенитета, а поэтому им должна соответствовать широкая свобода усмотрения властей. К таковым он относит, например, иммиграционные и избирательные системы³⁹. По мнению вышеназванного исследователя, население государств – членов международного договора, как правило, не имеет возможности самостоятельно выбирать судей того или иного

³⁷ См., например: Arai-Takahashi. Указ. соч. С. 239; см. также указ. выше дело Handyside c. Royaume-uni. § 48.

³⁸ См.: Benvenisti Margin of Appreciation. Consensus and Universal Values // 31 NYU J Int'l L & Pol. 1999. С. 843–844.

³⁹ См.: Arai-Takahashi. Указ. соч. С. 210–213.

международного судебного органа (в отличие от представителей местных властей), поэтому соответствие такого механизма демократическим идеалам можно подвергнуть сомнению, тем более что решения, принимаемые такими органами, имеют зачастую далеко идущие последствия, затрагивающие граждан напрямую.

Как следствие, гражданам каждого государства должна быть предоставлена значительная свобода усмотрения при установлении стандартов общественной жизни, соответствующих их собственным желаниям, ценностям и интересам, выраженным посредством демократической процедуры. Эта мысль была также выражена председателем Европейской комиссии по правам человека сэром *Хэмфри Вэлдоком* в его выступлении перед Европейским судом по правам человека в рамках слушания по делу «*Лоулесс против Ирландии*» (1960–1961): «Тот факт, что общество заинтересовано в эффективном управлении и поддержании правопорядка, оправдывает и требует решения в пользу законности свободы усмотрения государств»⁴⁰.

Но не стоит забывать о нормах, направленных на регулирование внешних аспектов политики государств (например, запрет на использование силы). Роль международных судебных органов в этом случае заключается в защите одного общества от незаконных посягательств со стороны внешних агрессоров. В своем отдельном мнении по решению «*Oil Platforms*» судья Международного суда ООН *Куджимас* заявил: «Использование силы само по себе влечет судебное рассмотрение и более строгое расследование, поскольку выбранные данным государством средства непосредственно влияют на интересы и права других»⁴¹. Очевидно, что в подобных ситуациях свобода усмотрения государств ограничена и подлежит самому пристальному контролю со стороны международного сообщества.

Однако представляется, что существуют ситуации, когда соображения демократии не могут оправдать широкую свободу усмотрения и внутри одного государства. Так происходит, например, в случаях этнических конфликтов национального большинства с национальным меньшинством одной страны, поскольку использование демократических средств в таком контексте может привести к пренебрежению интересами меньшинства. Другим примером может послужить

⁴⁰ Дело *Lawless v Ireland*. Опубликовано: Официальный сборник решений. Series B. № 1. 1960. С. 408.

⁴¹ См. указ. выше решение «*Oil Platforms*»: *Iran v US*). § 44.

предоставление свободы усмотрения авторитарным режимам, которые по определению отступают от стандартов демократии.

С учетом вышеприведенных наблюдений утверждение о неоспоримой пользе применения Доктрины в целях достижения демократических идеалов становится не таким однозначным. Но, тем не менее, бесспорным остается вывод о том, что нормы международного права, направленные на регулирование *внутригосударственных* отношений, будут с наибольшей вероятностью (при соблюдении других критериев; например, демократический политический режим) сопряжены с применением рассматриваемой Доктрины.

В-четвертых, наложение ответственности на государства за нарушение норм «неопределенного» характера⁴² сопряжено с трудностями для надзорного органа, связанными с критериями нарушения такой нормы. Международные надзорные органы могли бы систематизировать пенитенциарную систему, внося в нее *критерии Доктрины, разработанные самостоятельно или заимствованные*.

Действительно, учитывая масштаб возможных последствий обвинения государств в нарушении норм международного права, разумно было бы потребовать от международных судебных органов повышенного внимания к использованию санкций за несоблюдение обязывающих норм⁴³.

Вменение каких-либо правонарушений в вину данному государству, произведенное в результате пересмотра решения государственных органов и при помощи разработки точных критериев *после* совершения предполагаемого правонарушения, может вызвать определенные сомнения в законности данного акта применения права. В таком случае использование методологии Доктрины могло бы повысить уровень предсказуемости и точности при вынесении решения.

Мы рассмотрели критику и аргументы в пользу применения Доктрины. Их соотношение позволяет сделать следующее заключение.

Глубинная суть и основное назначение свободы усмотрения – **гибкость** – исключают полную предсказуемость в ее применении. Как

⁴² Речь идет о нормах «оценочного» характера, управомочивающих и целеполагающих нормах.

⁴³ По аналогии неоднозначные предписания в области уголовного права трактуются в пользу обвиняемого. См., например: Statute of the International Criminal Court. 1998. 17 July// UN Doc. A/ CONF.183/9. 1998. Art. 22(2).

мы наблюдали, это часто вменяется в вину рассматриваемой Доктрине. Однако стоит ли жертвовать таким качеством, как гибкость международного правоотношения, ради его большей предсказуемости, которая в реальных условиях никогда не может быть полной? Думается, что не стоит. И причин тому несколько.

Прежде всего, применение рассматриваемой Доктрины отвечает необходимости продления жизни международного договора, возникшей в силу значительных культурных и правовых различий договаривающихся государств. Далее, предоставление определенной меры усмотрения государствам целесообразно с точки зрения постоянно меняющихся реальных условий применения той или иной международной нормы, которые невозможно предусмотреть в международном договоре. Свобода усмотрения в этом случае позволила бы государствам действовать адекватно обстоятельствам. И, наконец, ее применение способствует демократизации международного правоотношения, уважая приоритетные интересы данного народа и государства.

Таким образом, применение Доктрины целесообразно для придания прочности международному правоотношению, строящемуся между демократическими государствами, характеризующимися значительными различиями в своем культурном и правовом развитии.

Применение Доктрины особенно целесообразно в международном правоотношении с участием таких государств, как Россия, являющихся уникальными по целому ряду характеристик как культурно-исторического, так и правового плана.

Библиографический список

Сорокин В.В. Судебная практика как источник права: за и против // СибЮрВестник. 2002. № 3.

Arai-Takahashi The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR// Intersentia, Antwerpen. Oxford. New York, 2002.

Benvenisti Margin of Appreciation, Consensus and Universal Values//31 *NYU J Int'l L & Pol.* 1999.

Brems E. The margin of appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights// *Zeitschrift fur auslandisches offentliches Recht und Volkerrecht.*, -1996.

Callewaert J. Quel avenir pour la marge d'appréciation?// Protection des droits de l'homme: la perspective européenne. Koln. 2000.

Carozza P. G. Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights: Some Reflections on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights// 73 NOTRE DAME L. REV. 1998, № 1217, 1228.

Croley and Jackson WTO Procedures, Standard of Review, and Deference to National Governments//*AJIL*. 1996. № 90.

De Salvia M. Contrôle européen et principe de subsidiarité : faut-il encore (et toujours) élargir à la marge d'appréciation?// Protection des droits de l'homme: la perspective européenne. Koln. 2000.

De Schutter O. L'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'Homme: un essai de démolition//*R.D.I. de sciences diplomatiques et politiques*, 1992. № 70.

Feingold The Doctrine of Margin of Appreciation and the European Convention on Human Rights //*Notre Dame L Rev*. 977. № 53.

Frowein Jus Cogens//R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*. 1997.

Furtado, Jr Guess Who's Coming to Dinner? Protection for National Minorities in Eastern and central Europe under the Council of Europe>//34 *Columbia Hum Rts L Rev*. 2003.

Lord Lester of Herne Hill 8e Colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme. –Budapest. 1995. 20-23 сентября//*Actes du colloque*. Strasbourg: éditions du Conseil de l'Europe. 1996.

Lord Mackay of Clashfern The margin of appreciation and the need for balance// Protection des droits de l'homme: la perspective européenne. Koln. 2000. C. 837-843.

MacDonald The Margin of Appreciation// R St J MacDonald *et al.* (eds) *The European System for the Protection of Human Rights*. 1993.

Melchior M. Notions «vagues» ou indéterminées» et «lacunes» dans la Convention européenne des Droits de l'Homme // Protection des droits de l'homme: la dimension européenne. Koln. 1998.

Meulders-Klein M.-T. Individualisme et communautarisme: l'individu, la famille et l'Etat en Europe continentale//*Droit et société*, 1993. № 23.

Meulders-Klein M.-T. Vie privée, vie familiale et droits de l'homme//*R.I.D.C.*, 1992. № 44.

Picheral C. et Olinga A.-D. La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme // *R.T.D.H.*. 1995. № 6.

Wachsmann P. La religion contre la liberté d'expression : sur un arrêt regrettable de la Cour européenne des droits de l'homme (*Arrêt Otto-Preminger-Institut*)// *R.U.D.H.*, 1994. № 6.

The Doctrine of the Margin of Appreciation in the Legal Practice of International Courts (Summary)

*Oleg S. Orekhov**

The modern system of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms has united 47 States: from Azerbaijan to Switzerland, from San Marino to Russia. These countries have remarkably different historical and cultural backgrounds as well legal systems.

According to the Doctrine when there is a conflict of interests between the society and a personal freedom it is up to the state to determine which of them shall have the priority. However, this freedom is subject to international control exercised by the Court. Despite being widely used by the Court the Doctrine is often criticized for undermining the consistency of the Convention. The present article analyses the arguments *pro and con* the use of the Doctrine. Concluding for its appropriateness the article also advocates that the Doctrine provides the flexibility that the Convention needs to be able to unify a great diversity of member states.

Keywords: Margin of appreciation; international judicial control; application of the rules of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

* Oleg S. Orekhov – post-graduate student of the Chair of International and European Law of the Kazan State University; lawyer, PricewaterhouseCoopers CIS Law Offices B.V. oleg_orekhov@mail.ru.